Indem ich noch einmal auf mein Hauptthema zurückblicke, will ich zum Beschluß nun noch die Frage aufwerfen: wenn die Römer da, wo das Object des Fleißes fixirt ist (nämlich bey der societas und rerum communio), wegen Vermischung verschiedenartiger Interessen, Grade des Fleißes erließen, war es dann nicht eben so natürlich, daß sie gar keinen Fleiß verlangten, wenn das vermischte Object selbst gänzlich unbestimmt ist? In dieser Unbestimmtheit liegt doch gewiß noch mehr zur Entschuldigung, wegen dessen auch noch mehr in Betreff des Fleißes zu erlassen ist; und wenn man an der diligentia in concreto etwas erläßt, so kommt man damit nothwendig zum gänzlichen Erlassen.

VII.

Bemerkungen aus der Lehre von den Substitutionen.

Von Löhr.

I.

Ueber die Wirkungen der sogenannten *quasi pupillaris substitutio.*

Ueber die Wirkungen der, von Justinian zum Vortheile der Ascendenten wahnsinniger Descendenten eingeführten, Substitution sagt das Gesetz nichts Näheres. Gerade darum waren die Juristen von jeher sehr verschiedener Meinung, wie es überhaupt und besonders, wenn mehrere Ascendenten von diesem Vorrechte Gebrauch gemacht hatten, zu halten sey? Einige legten in diesem Falle nur dem Testamente des Einen der Eltern Wirkung bey; Andere gaben dem Substitutus das von Demjenigen herrührende Vermögen, welcher ihn substituirt hatte, das sonst dem Wahnsinnigen

Gehörende theilten sie unter die Substituten zu gleichen Theilen, oder gaben es auch Einem von Diesen; noch Andere behandelten die Substituten wie Miterben, als wenn sie in einem Testamente zu Erben eingesetzt wären, nur dem Testamente Desjenigen, in dessen Gewalt der Wahnsinnige gestanden, wurde ein besonderer Vorzug eingeräumt, wenn dem Wahnsinnigen auch pupillariter hätte substituirt werden können [1]).

In den neueren Zeiten hat Unterholzner die, nach der Meinung des Voetius durch die Praxis eingeführte, Meinung zu vertheidigen gesucht, daß die Substitution nur für dasjenige Vermögen wirke, welches von dem Substituirenden herkomme [2]). Seine Gründe sind im Wesentlichen die folgenden: Wenn auch in einzelnen Punkten die Justinianische Substitution mit der pupillaris verglichen werden könne und von den Gesetzen wirklich verglichen werde, so werde doch nirgends gesagt, sie sey ein vollständiges Abbild der pupillaris, und müsse überall nach denselben Grundsätzen wie diese beurtheilt werden, wo die Gesetze keine besondere Abweichung sanctionirten. Dieß könne auch nicht der Fall seyn, da beide auf ganz verschiedenen Fundamenten beruhten, die eine auf der väterlichen Gewalt, die immer nur einem Einzigen zustehen kann, die andere auf Rücksichten der humanitas. Wenn jenes strenge Recht es erklärbar mache, daß die pupillaris substitutio für das ganze Vermögen des Kindes wirke, so könne die Billigkeit keinen Grund zu ähnlichen Wirkungen für die Justinianische Substitution enthalten. Die Billigkeit erheische nur, daß die Eltern, die ihrem wahnsinnigen Kinde nothwendig einen Erbtheil hinterlassen müssen, für den Fall, daß dieser Wahnsinn bis zu dem Tode des Kindes fortdauere, dar-

1) Der Kürze wegen beziehe ich mich auf das Archiv. Bd. 2. S. 60. Not. 5. S. 61. Not. 6. S. 65. 66.

2) Archiv. Bd. 2. H. 1. No. 5.

über eben so verfügen könnten, als ob dieses wahnsinnige Kind gar nicht vorhanden gewesen wäre. Ein Mehreres könne sogar leicht zu Unbilligkeiten hinführen.

Hiernach werde den Rücksichten der humanitas vollkommen genügt, wenn der Substitution der Ascendenten dieselben Wirkungen beygelegt würden, welche die pupillaris substitutio eines Soldaten habe, wenn der Vater seinem emancipirten Kinde, oder ultra pubertatem pupillariter substituire. Mit diesem Falle könne die sogenannte substitutio quasi pupillaris um so mehr verglichen werden, da auch hier mündigen, häufig sich nicht in der Potestas befindenden, Kindern substituirt werde.

Daß sich die Wirkungen der Justinianischen Substitution hierauf beschränkten, dieß sey um so gewisser, da die entgegengesetzte Behauptung schon an sich, besonders aber, wenn mehrere Ascendenten substituirt hätten (ein Fall, der bey der pupillaris substitutio gar nicht vorkommen könne), zu unbilligen und unerhörten Resultaten führe. Unerhört sey es aber, über ein dem Testator ganz fremdes Vermögen testiren, und durch dieses Testament die nächsten Verwandten der andern Seite, selbst solche, die selbst zu substituiren berechtigt wären, oder Ansprüche hätten substituirt zu werden, sogar von dem, von ihrer Seite herkommenden Vermögen ausschließen zu können. Beyspiellos sey es, daß Jemand aus mehreren Testamenten, und noch dazu aus den Testamenten verschiedener Personen, beerbt werde. Unbillig müsse es genannt werden, wenn der eine Ascendent dem Substituten des Andern das von dem Andern herkommende Vermögen zum Theile zu entziehen im Stande seyn sollte.

Auch das sey ein bedeutender Grund für diese Ansicht, daß die verschiedenartigen und willkührlichen Regeln, welche man für den Fall aufzustellen pflege, wo mehrere Ascendenten substituirt hätten, durch diese Meinung entfernt würden.

Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes, indem er die Unterholzner'sche Ansicht billigte, fügte noch als

neuen Grund hinzu, daß man bey der entgegengesetzten Lehre zu dem unnatürlichen Resultate gelange, daß, wenn mehrere Ascendenten substituiren, derjenige, von welchem das Vermögen nicht herkömmt, häufig freyer über das fremde Vermögen verfügen könne, als wie derjenige, von welchem es herkömmt, über das eigene zu verfügen im Stande ist, da er den vernünftigen Descendenten Jenes das Vermögen ganz oder zum Theile entziehen kann, das Jener ihnen zu entziehen nicht im Stande ist [3]. Diese Unbilligkeit ist um so schreiender, da sie der andere Ascendent nicht einmal verhindern kann.

Zugleich wurde bemerkt, die Justinianische Substitution gehe nur auf den Fall, daß der Wahnsinnige Erbe werde. Da nun seit Justinian's Verordnung in der c. 7. C. 5, 70. der Wahnsinnige nur noch als suus heres Erbe werden könne, so verstehe es sich von selbst, daß die Justinianische Substitution im neuesten Rechte nur noch von demjenigen Ascendenten vorgenommen werden könne, in dessen Potestas der Wahnsinnige sich befinde: die Substitutionen der übrigen Ascendenten müßten jetzt zu den Vulgar-Substitutionen gehören. Nur bey Legaten gelte auch hier noch die c. 9. C. 6, 26. [4].

Gegen diese Behauptungen ist nun später Thibaut aufgetreten, und hat zu beweisen gesucht erstens, daß die Justinianische Substitution eine Nachbildung der pupillaris sey, und daß sie daher zweitens also wie diese nicht blos auf die vom Testator ererbten Güter, sondern auf das gesammte eigene Vermögen der Kinder gehe, und drittens, daß Justinian später an jener Constitution im Wesentlichen nichts geändert habe [5]. Dieser Ansicht sind die späteren

3) Archiv Bd. 5. S. 114. Not. 17.

4) Archiv Bd. 5. S. 115 — 120.

5) Archiv Bd. 5. S. 337.

Schriftsteller beygetreten [6]. Mackeldey und Seufert stimmen auch darin mit Thibaut überein, daß, wenn eine von mehreren Substitutionen die Bedingungen der pupillaris habe, diese allein gelte, daß dagegen die von mehreren Ascendenten Substituirten in dem Verhältnisse zusammen stünden, als wenn sie in einem und demselben Testamente des Wahnsinnigen zu Erben eingesetzt worden wären; v. Wening und Mühlenbruch dagegen weichen in der Beurtheilung des Falles, wo mehrere Ascendenten substituirt haben, von Thibaut und unter sich ab, wie dieß aus den in der Note 6. gemachten Bemerkungen ersehen werden kann.

Dieser allgemeine Widerspruch hat den Verfasser zu wiederholter Ueberlegung der Sache aufgefordert, und veranlaßt ihn jetzt, da er seine frühere Ansicht noch immer für richtig hält, sich über diese Streitfrage neuerdings zu erklären. Bevor er sich auf die Widerlegung der von Thibaut gebrauchten Argumente einläßt, glaubt er jedoch noch bemerken zu müssen, daß ihm die praktische Bedeutung dieser Controverse viel geringer scheint, als man gewöhnlich annimmt.

---

6) Mackeldey Inst. §. 475. Not. d. e. Wening Civilrecht. Buch 5. §. 91. Not. e. (Dieser weicht übrigens von Thibaut darin ab, daß er der Substitution Desjenigen den Vorzug gibt, welcher die väterliche Gewalt hat: außerdem nimmt er an, daß zuerst die des Vaters, dann die der Mutter, dann die des väterlichen Großvaters u. s. w. [was heißt dieß?] gelte.) *Mühlenbruch* Doct. Pand. III. §. 491. not. 4. (Dieser läßt mehrere Substitutionen gelten, gibt jedoch, wenn Vater und Mutter substituirt haben, dem mütterlichen Substituten das mütterliche Vermögen, dem väterlichen alles Uebrige. Wie er es mit den Großeltern gehalten wissen will, darüber erklärt er sich nicht. Die Gründe seiner Ansicht sind, die Frau sey dem Manne Ehrfurcht und Folgsamkeit schuldig; auch könne, wenn von den, beiden Eltern zustehenden Rechten über die Kinder, die Rede sey, der Vater vor der Mutter den Vorzug verlangen.) Seufert Pand. Recht. III. §. 545. Not. 8.

Da nach der c. 7. C. 5, 70 der perpetuo furiosus keine fremde Erbschaft erwerben kann, so führt die Thibaut'sche Ansicht nur in den folgenden Fällen zu andern Resultaten, wie die hier zu vertheidigende. Erstens, wenn der Wahnsinnige vor dem Wahnsinne Vermögen erworben hat; zweitens, wenn der Wahnsinnige suus heres geworden, und der parens ihm nicht substituirt hat; drittens endlich, wenn ihm anders, wie durch Erbschaft, Etwas während seinem Wahnsinne erworben worden ist: in dem hier gewöhnlichsten und bedeutendsten Falle, dem Erwerbe durch Erbschaften, müssen die Resultate dieselben seyn; dasselbe gilt von dem Falle, wo alle Bedingungen der pupillaris vorhanden sind.

Was Thibaut am meisten gegen die Unterholzner'sche Ansicht mißtrauisch gemacht zu haben scheint, dieß sind die Folgerungen, welche Schreiber Dieses daraus gezogen hat. Gerade darum soll denn auch hier, nach Thibaut's Beyspiel, mit den für seinen dritten Satz von ihm angeführten Argumenten der Anfang gemacht werden. Betrachtet man jene Folgerungen näher, so dürften sie weniger anstößig seyn, wie sie scheinen. Nach meiner Meinung ist an den Verfügungen der c. 9. C. 6, 26. eigentlich nichts geändert; nur die Bedingungen der Anwendbarkeit sind für einen Theil der Fälle hinweggefallen, für die Fälle nämlich, wo ein Anderer, als der Inhaber der Potestas, den Wahnsinnigen zum Erben einsetzte und ihm substituirte [7]. Da in den Zeiten beider in Frage stehenden Gesetze nur allein die sui und emancipati Ansprüche hatten auf Institution, und da selbst nach der Nov. 115. der

---

7) Diese Bemerkung ist natürlich nur unter Voraussetzung der Richtigkeit der Unterholzner'schen Meinung gegründet; dieß genügt jedoch hier vollkommen, da ja allein die Frage davon ist, ob aus den gemachten Folgerungen rückwärts auf die Unmöglichkeit dieser Ansicht geschlossen werden könne?

Pflichttheil noch immer titulo legati hinterlassen werden kann, obschon die Descendenten der Regel nach zu Erben eingesetzt werden müssen, so blieb und bleibt auch jetzt noch die Anwendbarkeit der c. 9. auch bey andern Ascendenten übrig. Hiernach konnte Justinian an dieser Constitution, die wohl ohnehin der alten Prozesse wegen unverändert aufzunehmen war, nicht wohl eine Correctur vornehmen lassen. Eben so wenig scheint, unter diesen Umständen, in den Institutionen eine genaue Angabe der neuesten Modificationen erforderlich gewesen zu seyn. Gibt er ja bey großen und durchgreifenden Aenderungen dort die neueste Gestalt häufig nicht an, namentlich nicht bey den Legaten und Fideicommissen, obschon er es erwähnt, daß sich Alles umgestaltet habe. — Daß er, trotz seiner Redseligkeit, die wichtigsten Veränderungen oft nur andeutet, ja den Juristen zu finden überläßt, davon mag nur die schon genannte Nov. 115. c. 3. 4. als Beyspiel angeführt werden, so wie die Nov. 118. an sich und in ihrem Verhältnisse zum Notherbenrechte.

Aus diesen Gründen scheint die von Thibaut angeregte Schwierigkeit der Unterholzner'schen Ansicht eben nicht bedeutend im Wege zu stehen. Im Gegentheile dürfte gerade aus den Verordnungen der c. 7. und dem Einflusse, den sie auch nach der Thibaut'schen Meinung auf die c. 9. nothwendig äußern muß, eines der wichtigsten Argumente gegen diese Meinung abgeleitet werden können. Die Rechte Desjenigen, der die Gewalt hat, können, nach Thibaut's eigener Ansicht, nicht geringer seyn, wie die Rechte der übrigen Ascendenten, ja wie seine eigenen, wenn er die Gewalt verliert, und doch sind sie es nach dieser Behauptung wirklich. Der Inhaber der Gewalt kann nämlich, auch nach dieser Ansicht, nicht verfügen über die Erbschaften, welche von den andern Ascendenten herkommen, weil diese niemals zu dem Vermögen des Wahnsinnigen gehören; die andern Ascendenten dagegen würden ohne allen Anstand auch über das Vermögen, welches vom parens herkömmt, zum Nach-

theil von dessen Substituten zu verfügen berechtigt seyn. Dieses Argument entscheidet freylich nicht ganz gegen Wening und Mühlenbruch; dagegen fragt es sich bey ihnen, woher sie den Vorzug des väterlichen Substituten vor dem mütterlichen und großelterlichen ableiten wollen? Das Gesetz kennt denselben nicht, vielmehr gestattet es allen eine ganz gleiche Befugniß zu substituiren. Daher ist die Ansicht des Donellus, die Wening zu befolgen scheint, mit dem Buchstaben der Constitution im Widerspruche: die Mühlenbruch'sche dagegen, auf dieser Lehre ganz fremde Analogien gestützt, führt im Grunde auf die hier zu vertheidigende Meinung, nur daß sie dem Vater ein plus gestattet, von dem man freylich nicht recht absieht, woher es komme, da die Constitution keine Unterschiede kennt.

Daß die Justinianische Substitution ein volles Abbild der pupillaris sey, dieß sucht Thibaut auf die folgende Art zu beweisen. Schon vor Justinian habe man, wenn einem Kinde habe substituirt werden sollen, das zu testiren nicht im Stande war, nur an eine Ausdehnung der pupillaris mit allen ihren Eigenthümlichkeiten gedacht. Dieß beweise das Fr. 43. pr. D. 28. 6. Was früher nur in Gefolge eines Privilegiums vorgekommen, dieß sey durch Justinian in einem Falle allgemein gestattet worden: es habe sich daher schon ziemlich von selbst verstanden, daß Justinian's Verordnung im Zweifel nur in gleichem Sinne habe genommen werden können. Nun aber habe der Kaiser in seiner Verordnung und in den Institutionen dreymal seine Substitution mit der pupillarischen verglichen, aber selbst in den Institutionen, wo doch die Anfänger hätten berücksichtigt werden müssen, der so natürlichen Gleichstellung nicht widersprochen; man müsse also um so mehr annehmen, daß er diese ganz im Sinne des alten Rechtes beabsichtigt habe.

Auf diese Argumente dürfte wohl erwiedert werden können, daß das »ohnehin nur von dem Testamente des Inhabers der väterlichen Gewalt redende« Fr. 43. Dasjenige nicht ent-

halte, was es enthalten soll. Daß ein solches Testament ganz nach den Grundsätzen der Pupillar-Substitution zu beurtheilen sey, dieß sagt die Stelle so wenig, als daß der Substitutus, wenn er zur Succession gelange, mehr als das väterliche Vermögen des Stummen oder Wahnsinnigen erhalte. — Die Constitution sagt nur, es sollten die Pflichttheils Berechtigten des Kindes, wenn sie von dem substituirenden Ascendenten übergangen worden, so wenig die Substitution durch eine querela inofficiosi testamenti anfechten können, wie bey der pupillaris substitutio. — Auch die Institutionen, die ohnehin die Sache nur berühren, sagen nichts weiter, als daß Justinian's Substitution in zwey Punkten mit der pupillaris Aehnlichkeit habe. Daß sie nach denselben Grundsätzen zu beurtheilen sey, dieß sagen sie nicht. Die angestellten Vergleichungen sind übrigens um so natürlicher (darum auch, wie es scheint, um so weniger beweisend) da sie sich eigentlich durch den Zusammenhang von selbst ergeben. Aus der Stellung der Lehre und dem dadurch begründeten Zusammenhang dürfte aber um so weniger etwas gefolgert werden können, da diese Substitution nach jeder Ansicht der pupillaris näher steht, wie der vulgaris, da sie, wie die pupillaris, auf den Fall gerichtet ist, wo das Kind die Erbschaft erworben hat. Es ist daher sehr natürlich, daß sie in den Institutionen, nicht in dem Titel de vulgari substitutione, sondern in dem von der pupillaris handelnden erwähnt wird.

Zum Beweise des zweiten der von ihm behaupteten Sätze, daß die sogenannte exemplaris substitutio das gesammte Vermögen des Wahnsinnigen ergreife, beruft sich Thibaut zuerst auf die Analogie der pupillaris. Davon ist so eben geredet worden. Selbst diese Analogie aber zugegeben, so ist doch nach jeder Meinung gewiß, daß die Justinianische Substitution manches Besondere hat, was nicht gerade in der Constitution besonders herausgehoben ist. Warum soll nicht auch hier etwas Besonderes eintreten kön-

nen? Zweitens auf den Zweck des Institutes. Dieser bestehe darin, daß den Eltern ein Mittel gegeben werde, ihre hülflosen Kinder gegen Verfolgungen und Lebensnachstellungen der Intestat-Erben zu decken. Dieser Zweck könne nicht erreicht werden, wenn die Substitution nicht auf das gesammte Vermögen des Kindes gehe. Auf dieses Argument weiß ich freylich nur zu erwiedern, daß uns dieser Zweck nirgends angegeben wird, und daß ich es bezweifle, daß derselbe der Verordnung Justinian's zu Grunde liege, so wenig, wie er auch der pupillaris subsitutio zu Grunde liegen dürfte [8]. Das humanitatis intuitu *parentibus* indulgemus scheint vielmehr auf eine Begünstigung der Eltern, aus Gründen der Billigkeit, zurückzuweisen, von welcher schon oben, bey Angabe der Unterholzner'schen Gründe (s. S. 101. 2.) ausführlicher gesprochen worden worden ist. Dieß muß um so mehr angenommen werden, da das zur Erreichung jenes Zweckes nöthige Helldunkel hier nicht wohl begründet werden kann, indem ja ohnehin einer der nächsten Intestat-Erben substituirt werden muß.

Ein Drittes, worauf sich Thibaut beruft, ist der Ausdruck *liberis* substituitur. Hiernach und nach den

---

8) Allerdings sagen Gajus (II. §. 181.), Justinian (§. 3. J. 2. 16.) und Theophilus, der Testator könne die diese Substitution enthaltende Urkunde besonders zusiegeln, damit ihr Inhalt geheim bleibe, und die etwa aus dem Bekanntwerden der Pupillar-Substitution möglicher Weise entstehende Gefahr vermieden werde. Daß dagegen die substitutio pupillaris den Zweck habe, irgend einer Gefahr vorzubeugen, daß sie gar allein zu diesem Zwecke eingeführt sey, dieß wird uns nirgends gesagt; ja es kann nicht der Fall seyn, da es sonst völlig unmöglich wäre, daß nur der Inhaber der Gewalt dieses Recht haben, und es den Soldaten, als Privilegium, in einer ausgedehnteren Gestalt zustehen könnte, wie andern Personen.

Institutionen sey die substitutio ein Testament des Kindes: nun aber gelte der Grundsatz, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, also müsse nothwendig sich dieselbe auf das ganze Vermögen erstrecken. So sehr man alle Vordersätze dieses Argumentes zugeben muß [9]), so wenig dürfte das daraus Gefolgerte zugegeben werden können. Auch wenn ein Soldat einem emancipirten Kinde oder ultra pubertatem substituirt, tritt dasselbe ein, und doch geht die substitutio nur auf Das, was von ihm herkömmt. Daß der Testator ein Soldat ist, dieß kann diese Abweichung nicht erklären, da der Erblasser, von dessen Erbschaft die Rede ist, diese Eigenschaft nicht hat. Auch sonst gibt es Fälle, wo man zum Theile ex testamento, um Theile ab intestato beerbt wird: Das dagegen ist ohne alle Analogie, daß Mehrere für Einen Testamente machen können, so daß diese alle zusammen als ein Testament behandelt würden. Dieß, verbunden mit den vielen andern Schwierigkeiten, welche der hier bestrittenen Meinung entgegenstehen (s. o. S. 101. 2. 5. 6.), dürfte denn doch wohl dem Grundsatze, nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest, die Wage halten.

Eben so wenig dürfte gegen die Unterholzner'sche Ansicht es etwas entscheiden viertens, daß durch die Justinianische Substitution nicht viel mehr herauskomme, wie ein fideicommissum hereditatis. Viel mehr kömmt auch bey der sogenannten militaris substitutio nicht heraus, und doch wird diese als eine besondere Begünstigung von den Gesetzen behandelt, was gerade hier um so auffallender seyn dürfte, da bey Soldaten die quarta wegfällt, und diese auch

9) Daß das Kind in Rücksicht auf das von den substituirenden Ascendenten herkommende Vermögen testatus versterbe, dieß versteht sich auch nach Unterholzner. Daher ist die Bemerkung der c. 9., in Beziehung auf die Querel, auch nach dieser Ansicht nicht unpassend.

auf den Fall, daß der eingesetzte Erbe Erbe werde, vulgariter zu substituiren berechtigt sind.

Hiernach dürften also die für die gegentheilige Ansicht angeführten Gründe nicht entscheiden. Es ist also die Lage der Sache die folgende: Das Gesetz schweigt; die Thibaut'schen Gründe sind wenigstens nicht überwiegend: dagegen führt die Ansicht zu unauflöslichen Schwierigkeiten, wie selbst die Verschiedenheit der Meinungen bey den neuesten Vertheidigern bewährt; sie führt zu unerhörten Resultaten, und gewährt den Eltern eine Freyheit zu Härten, die am wenigsten in einem Gesetze vorausgesetzt werden kann, das humanitatis intuitu gegeben, sogar dem Testator vorschreibt, wen er substituiren dürfe, wenn seine Substitution Gültigkeit haben solle. — Allerdings ist von einem nur durch Interpretation herauszubringenden Satze die Rede, und darum müssen diese Gründe um so mehr entscheiden.

II.

Wem kann Quasipupillarisch substituirt werden?

Daß nur dem wahnsinnigen Descendenten, welcher keine lichten Zwischenräume hat, substituirt werden kann, und nur, wenn er im Augenblicke des Todes des Substituirenden sich in unmittelbarem Verhältnisse zu demselben befindet, dieß ist schon an einem andern Orte bemerkt worden [10]). Dabey entsteht nun die Frage, ob einem jeden Wahnsinnigen dieser Art Justinianisch substituirt werden könne? Das Gesetz enthält keine Ausnahme, unsere Juristen dagegen führen eine ganze Reihe von Ausnahmen auf, und zwar behauptet man erstens, es könne dem Wahnsinnigen nur alsdann substituirt werden, wenn er im Augenblicke des Todes des substituirenden Ascendenten sui juris ist; denn

10) Archiv Bd. 5. Hft. 1. S. 108 — 113.

nur ein unabhängiger Mensch könne testatus sterben. So wie die Pupillar-Substitution nicht gelte, wenn der Unmündige in die Gewalt eines Andern zurückfalle, so gelte auch die Justinianische nicht, wenn der eben bemerkte Fall eintrete. So nothwendig diese Ansicht nach der gewöhnlichen Meinung über die Wirkungen dieser Substitution seyn dürfte, so unnatürlich ist sie dennoch nach den Worten des Gesetzes. Nach der Unterholzner'schen Ansicht hat die Gültigkeit der Substitution auch in diesem Falle keine Schwierigkeit.

Nach einer zweiten Meinung sollen die Substitutionen aller andern Ascendenten nicht gültig seyn, wenn der Inhaber der Gewalt substituirt hat, oder ihre Wirkung verlieren, wenn er es nachher thut. Auf gleiche Weise soll die Substitution des Vaters die Uebrigen unmöglich oder ungültig machen; substituirt dieser nicht, so soll die Mutter auf gleiche Weise den Großeltern ihr Substitutions-Recht entziehen können. Auch diese, dem Gesetze völlig fremden, Grundsätze können unmöglich auf Billigung Ansprüche machen. Wie könnte wohl das Gesetz, von allen diesen Dingen schweigend, ganz allgemein sagen: humanitatis intuitu *parentibus* indulgemus, ut *si filium nepotem*, vel *pronepotem cujuscunque sexus* habeant, liceat *hisdem parentibus*.... his substituere, wenn das Nichtsubstituiren des einen Ascendenten die Bedingung der Gültigkeit der Substitution des Andern seyn sollte?

Eine dritte Meinung entzieht den übrigen Ascendenten die Substitutions-Befugniß, wenn der Inhaber der Gewalt substituirt hat, und alle Bedingungen der pupillaris substitutio vorhanden sind. Daß in diesem letzten Falle diese Substitution als *pupillaris* gelte, dieß kann freylich nicht wohl bezweifelt werden; es ist daher diese Ansicht sehr consequent, wenn man von der gewöhnlichen Ansicht über die Wirkungen der quasi pupillaris substitutio ausgeht; dieß hindert jedoch nicht, daß auch sie den andern Ascendenten aus äußeren Gründen ein Recht entzieht, das das Gesetz diesen

gewährt, und so liegt auch hierin ein Grund für Unterholzner's Meinung. Dieser Grund wird auch dadurch nicht entkräftet, daß seit der c. 7. C. 5. 70. von praktischen Folgen dieser Ausnahme nicht mehr leicht die Rede seyn kann.

III.

Wem kann *pupillariter* substituirt werden?

Daß nur dem unmündigen, unmittelbar in der Gewalt sich befindenden, Kinde pupillarisch substituirt werden könne, dieß ist keinem Zweifel unterworfen; dagegen ist es die Frage, ob das Kind schon in dem Augenblicke der Errichtung des Testaments unmittelbar in der Gewalt des Substituirenden gestanden haben müsse, oder ob es hinreiche, wenn das Kind im Augenblicke von dessen Tod zu ihm in dem Verhältnisse eines suus oder auch eines posthumus suus sich befinde? Jene Meinung ist die gewöhnliche, diese scheint die richtige zu seyn.

Zur Begründung jener Ansicht beruft man sich vorerst darauf, daß ein Testament nur allein alsdann Gültigkeit habe, wenn alle Bedingungen der Gültigkeit im Augenblicke der Errichtung vorhanden seyen. Die Pupillar-Substitution sey ein Testament des Kindes, das zu seiner Gültigkeit voraussetze, daß der Unmündige sich unmittelbar in der Potestas des Testators befinde; es verstehe sich also von selbst, daß zur Gültigkeit derselben das Angegebene erfordert werde. — Dieses Argument hat allerdings vielen Schein; jedoch beweißt es Nichts, da man durch dasselbe mit demselben Rechte auch andere, völlig entschiedene, Grundsätze, z. B. die Institution und Exheredation eines posthumus, die Institution von personae incertae, würde wegdisputiren können: es kömmt also immer noch darauf an, was für Gesichtspunkte unsere Gesetze aufstellen.

Auch diese sollen für die angegebene Meinung entscheiden. Das Pr. J. 2. 16. sage ausdrücklich: liberis suis impuberi-

bus, quos in potestate quis *habet*, — — substituere potest [11]), und bezeuge durch den Gebrauch des Präsens deutlich, daß man nur Denjenigen substituiren könne, die man wirklich in der Potestas hat. Auf gleiche Weise sage das Fr. 2. pr. D. 28. 6., — quod sic erit accipiendum, *si sint* in potestate. Daß auch diese Stellen Nichts beweisen, weder an sich, noch wenn man den Zusammenhang berücksichtigt, dieß bedarf wohl keiner Ausführung.

Entscheidend gegen diese Meinung spricht vor Allem, daß einem posthumus pupillarisch substituirt werden kann [12]). Posthumus heißt Jeder, welcher im Augenblicke der Errichtung des Testaments gar nicht, oder doch nicht unmittelbar in der Potestas des Erblassers war, aber doch nachher entweder unmittelbar in dessen Gewalt kommt, oder doch kommen würde, wenn er im Augenblicke des Todes desselben schon geboren wäre [13]). Indem sonach den posthumis zu substituiren gestattet wird, ist auch zu gleicher Zeit ausgesprochen, daß es weder auf die Gewalt, noch auf die Unmittelbarkeit zur Zeit der Verfertigung des Testamentes ankommen könne.

Dazu kömmt nun noch, daß dieser Grundsatz in mehr wie einer Stelle [14]) ausdrücklich anerkannt wird. So kann

11) Gajus II. 179. Liberis nostris impuberibus, *quos in potestate habemus*....

12) — — *posthumis* plane possumus.... Fr. 2. pr. D. 28. 6. §. 4. J. 2. 16. Gajus II. 183. Ulpian 23. 7.

13) Agnascitur suus heres *aut agnascendo, aut adoptando, aut in manum conveniendo, aut in locum sui heredis succedendo, velut nepos mortuo filio vel emancipato, aut manumissione, id est, si filius ex prima secundave mancipatione manumissus reversus sit in patris potestatem.* Ulpian 23. 3. §. 2. J. 2. 13. Fr. 3. §. 1. Fr. 8. Fr. 13. D. 28. 3.

14) Zu diesen gehören freylich nicht Fr. 52. D. 31. Fr. 19. D. 34. 5. Fr. 24. D. 37. 5. Fr. 22. D. 39. 6., obschon man sie anzuführen pflegt.

namentlich Demjenigen substituirt werden, der nur mittelbar in der Potestas sich befindet [15], ja einem völlig Fremden, wenn er nur nachher adoptirt wird.

> „Sed et si *extraneum* quis impuberem heredem „scripserit, poterit ei substituere, *si modo eum in* „*locum nepotis adoptaverit vel arrogaverit* „FILIO PRAECEDENTE [16]."

Zwar will man diese Stelle dadurch entfernen, daß man behauptet, sie rede nur von dem Falle, wo die Adoption dem Testamente vorausgehe; allein gewiß nicht mit Erfolg. Abgesehen von dem Gezwungenen dieser Erklärung, so ist sie sogar unmöglich. Der schon Arrogirte ist kein extraneus mehr.

Nicht minder entscheidend spricht eine andere Stelle, die man sogar, unbegreiflich genug, für die hier bestrittene Meinung anführt:

> „Cum filiae vel nepoti, qui locum filii tenuit, „*aut post testamentum coepit tenere parens* „*substituit....* [17]"

Also der, welcher erst nach Errichtung des Testaments unmittelbar in die Gewalt kömmt, ist eben so gut, als wenn er schon vorher darin gestanden hätte.

---

15) — — Sed si *eos patres praecedant*, ita demum substitui eis potest, si heredes instituti sint vel exheredati: *ita enim post legem Vellejam succedendo non rumpunt testamentum: nam si principale ruptum sit testamentum, et pupillare evanuit.* Fr. 2. pr. D. 28, 6. Fr. 33. §. 1. D. eod.

16) Diese Stelle folgt unmittelbar auf die in der vorhergehenden Note abgedruckten Worte. Daher ist von der Arrogation als Enkel darin die Rede. Auch hier wird von dem Falle geredet, wo einem mittelbar in der Gewalt Stehenden substituirt wird. — Daß diese Substitution nur gelte, wenn der impubes zur Zeit des Todes des Erblassers unmittelbar in dessen jus ist, dieß sagt sogar der Anfang dieses Fragments.

17) Fr. 41. §. 2. D. 28. 6.

Ohne Anstand ist der nach Verfertigung des Testaments Legitimirte ein posthumus suus, auch wenn er erst, nach Justinian's Verordnung [18]), nach dem Tode seines Vaters legitimirt werden sollte. Es sollte daher nicht bezweifelt werden, daß einem solchen Legitimirten auch pupillarisch könne substituirt werden.

IV.

Fr. 47. D. 28. 6.

Es ist allgemein anerkannt, daß, wenn Jemand dem instituirten substitutus substituirt ist, der substitutus substituto zur Succession gerufen werde, es mag der erste Substitut vor oder nach dem eingesetzten Erben wegfallen [19]). Auch das sollte nicht bezweifelt werden, daß der entferntere Substitut immer gerufen werde, wenn alle früheren hinwegfallen, ohne Rücksicht auf die Ordnung, in welcher dieses geschieht, selbst wenn die früheren Substituten nicht instituirt sind [20]).

Dieß vorausgesetzt, so scheint eine nothwendige Folge zu seyn, daß auch der Pupillar-Substitut des zweiten Grades gerufen werde, wenn der Substitut des ersten Grades vor dem Pupillen hinwegfällt. Dieß scheint um so mehr der Fall zu seyn, da der Pupillar-Substitut des ersten Grades, im Verhältnisse zu dem Erblasser, dem Pupillen, eigentlich der eingesetzte Erbe ist, zu welchem sich der Substitut des zweiten

18) Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 10.

19) §. 3. J. 2. 15. Fr. 27. 41. pr. D. 28. 6.

20) Darauf weisen schon die in der vorhergehenden Note angeführten Stellen hin, da sich nicht wohl ein ausreichender Grund zu verschiedener Beurtheilung beider Fälle gedenken läßt. Zum Ueberflusse steht mit dürren Worten in dem Fr. 69. D. 29. 2., wenn diese Stelle sagt: Is autem, qui tertio gradu scriptus est, si primo deliberante secundus decedat, ipse potest succedere.

Grades verhält, wie ein vulgariter substitutus des ersten Grades. Diesem ungeachtet wird sehr häufig die Anwendung dieser Regel auf die pupillaris substitutio geleugnet wegen dem in der Rubrik angeführten Fragmente. Dieß veranlaßt zu der Frage, ob denn wirklich diese Stelle etwas Abweichendes enthalte? Die Worte derselben sind die folgenden:

»Qui habebat filium et filiam impuberes, instituto „filio herede, filiam exheredavit, et, *si filius* » *intra pubertatem* decessisset, filiam eidem sub- »stituit: sed filiae, *si antequam nuberet deces-* » *sisset*, uxorem suam, item sororem suam sub- »stituit. Quaero, cum filia impubes prior deces- »serit, deinde frater ejus impubes, an filii here- »ditas ad uxorem et sororem testatoris jure sub- »stitutionis pertineat? Respon di, secundum ea »quae proponerentur, non pertinere.«

Faßt man den Fall dieses Gesetzes gehörig ins Auge, so wird man leicht sehen, daß er von dem hier in Frage stehenden wesentlich verschieden ist. Die Frau und Schwester des Testators sind hier dem Pupillar-Substituten als solchem nicht substituirt, sondern sie sind, im äußersten Falle, nur Pupillar-Substituten der Tochter, dem Sohne dagegen sind sie auf keine Weise als substituti secundi gradus substituirt, und nur wenn dieses der Fall wäre, würde von der Anwendung unsers Grundsatzes die Rede seyn können.

Uebrigens dürfte hier nicht einmal eine pupillaris substitutio, sondern nur eine fideicommissaria angeordnet seyn, da sie der Tochter auf den Fall substituirt sind, daß diese, bevor sie heurathet, mit Tode abgehen sollte. Ist dieß der Fall, so versteht sich die Entscheidung der Stelle noch um so viel mehr von selbst: es versteht sich aber auch, daß alsdann diese Entscheidung noch um so viel weniger gegen die hier ausgesprochene Meinung angeführt werden kann.